

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SİYASAL BİLGİLER FAKÜLTESİ
KAMU YÖNETİMİ BÖLÜMÜ**

**TÜRBAN MESELESİNDE AİHM KARARI;
AİHM'İN LEYLA ŞAHİN DAVASI'NDA VERDİĞİ KARAR
VE
KARARIN HUKUKİ İNCELEMESİ**

**MEHMET YAVUZ
02080903**

ANKARA-2005

İÇİNDEKİLER

BAŞLARKEN	2
I.DAVANIN TANITILMASI	3
A. Davanın Genel Çerçevesi	4
B. Dava Konusu Genelgenin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi	5
C. Genelgenin Türk Yargı Düzenindeki Macerası	6
D. Genelgenin AİHM Yolundaki Macerası	8
II.AİHM'in Verdiği Karar ve Kararın Hukuki İncelemesi	10
A. AİHM AİHS'nin 9.maddesinden ne anlıyor?	10
B. Genelge Leyla Şahin'in haklarına bir müdahalede bulunuyor mu?	13
C. Müdahalenin yasal bir dayanağı var mı?	14
D. Müdahalenin meşru amaçları bakımından değerlendirilmesi	17
E. Müdahale demokratik bir toplumda kabul edilebilir mi?	18
III.KARAR HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME	20
BİR YORUM	22
YARARLANILAN KAYNAKLAR	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

BAŞLARKEN

Ülkemin yıllardır tartıştığı, tartışıkça farklı noktalara çekilen ve bir türlü çözüme kavuşturulamayan meselesi, üniversitelerimizdeki türban meselesi. Sokaktan çevirdiğimiz her

insanın bu konu hakkında söyleyeceği bir sözü mutlaka vardır. Kimi, Müslüman bir ülkede yaşadığımızı dolayısıyla türbanla üniversitelere, “kamusal alana” girilebilmesi gerektiğini, kimisi ise laik bir ülkede böyle bir şeyin mümkün olamayacağını, 21. yy’a girerken bu “çağdışı” görüntülerin kendisini üzdüğünü, hatta Atatürk’ü dahi üzdüğünü, Atatürk yaşasaydı bunların olmayacağını, kimisi de meseleye bu zıt kutuplaşmaların haricinde özgürlükler bağlamında yaklaşıp kimsenin kılık kıyafetine karışılmaması gerektiğini, böyle bir müdahalenin “ilkelik” olduğunu ifade edecektir. Bu bakış açılarını çoğaltabilmek mümkün. İşte böylesine her insanın bir şeyler söyleyebileceği, içinde birbirinden farklı yaklaşımları barındıran bir mesele hakkında meselede son nokta olarak gösterilen AİHM kararını incelemek suretiyle kalem oynatmak hiç de kolay değil.

Her şeyden evvel bir noktayı açıklığa kavuşturmak istiyorum. Parsons’un ifade ettiği üzere; “Bilim birçok neden arasından bir nedeni seçme yaklaşımıdır. Dolayısıyla insan bu seçme işini yaparken değer yargılarının, ön yargılarının ve subjektif tavırlarının etkisinde kalır. Bunun doğal bir neticesi olarak bilim ile ideolojinin birbirinden ayrı olduğunu söylemek, düşünmek çok da anlamlı değildir. Bilimde tarafsızlık bir mittir. İnsan olabildiğince nesnel olmaya çalışmalıdır.”¹ Şunu açıkça belirtmeliyim ki benim de türban meselesi hakkında değerlendirmelerim ve bu değerlendirmelerime kaynaklık eden bir dünya görüşüm vardır. Dolayısıyla bu meseleyi tam bir tarafsızlıkla değerlendireceğimi iddia etmek büyük bir yalan olur.

Çalışmamın konusu AİHM’in üniversitede türban taktığı için haklarının ihlal edildiğini düşünen Leyla Şahin’in başvurusu neticesinde açtığı dava hakkında verdiği kararın incelenmesidir. Bu karar açıklandığı günden itibaren türban meselesinde son nokta olarak lanse edilmeye çalışıldı. Acaba gerçekten bu karar türban meselesinin çözebilecek nitelikte bir karar mıdır? Bunun dışında türban basit bir örtünme, kılık kıyafet meselesi olmaktan çıkıp bir mücadelenin simgesi haline mi gelmiştir? İşte çalışmam sırasında elimden geldiğince beni düşündüren, zihnimi bulandıran noktaları belirtmeye, buradan yola çıkarak bu noktalar hakkında sorular sormaya, bu sorulara cevaplar bulmaya çalıştım. Bu çabaların yeni sorulara ve cevaplara yol açması benim için en büyük mutluluk kaynağı olacaktır.

I.DAVANIN TANITILMASI

Bu bölümde dört ana başlık altında davanın tanıtımı yapılacaktır. İlk başlıkta davanın genel bir çerçevesi çizilecek, ikinci başlıkta davaya konu olan genelgenin hukuki açıdan

¹ Parsons’ın bu ifadesi Tülin ÖNGEN’in Çağdaş Siyasal Akımlar adlı dersinden alınmıştır.

değerlendirilmesi yapılacak, üçüncü başlıkta genelgenin Türk yargı düzenindeki macerası hakkında açıklama yapılacak, son başlıkta ise genelgenin AİHM yolundaki macerası hakkında bilgi verilecek ve burada ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmesi meselesi üzerinde de durulacaktır.

A. Davanın Genel Çerçevesi

Davanın tarafları Leyla Şahin ve T.C. Devleti'dir. Dava Leyla Şahin'in Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına dair sözleşmenin eski 25. maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları komisyonuna yapılan bir başvurudan kaynaklanmıştır. Yapılan bu başvuru 1 Kasım 1998'de 11 nolu protokolün yürürlüğe girmesiyle beraber AİHM'e devredilmiştir. 1 Kasım 2001'de AİHM başvuruyu dördüncü bölüme göndermiştir. 2 Temmuz 2002 tarihinde daire başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. 2 Temmuz 2002, 19 Kasım 2002, 19 Aralık 2003'te yapılan duruşmaların ardından 8 Haziran 2004 tarihinde yapılan duruşmada dava neticelenmiştir.

AİHM'in dava sonucunda verdiği karar ne olmuştur? AİHM oybirliği ile; hükümetin ilk itirazının reddedilmesine, AİHS'nin 9. maddesine herhangi bir ihlal olmadığına, sözleşmenin 8. ve 10. maddelerine göre, 9. madde ve sözleşmeye ek 1. protokolün 2. maddesi ile birlikte ele alındığında 9. maddeye aykırı bir sorunun ortaya çıkmadığına karar vermiştir.

Hükümet Leyla Şahin tarafından iç hukuk yollarının tüketilmediğini dolayısıyla davanın düşmesi gerektiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme ise yaptığı incelemede kabul edilebilirlik kararı verilmesinden önce 19.04.2001 tarihinde iç hukuk yollarının tüketildiğini dolayısıyla bu durumun AİHS'nin yapılan başvurunun kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen 35. maddesinin I.fikrasına uygun olduğuna karar vererek hükümetin ilk itirazını reddetmiştir.

Leyla Şahin AİHS'nin 9. maddesinin T.C. Devleti tarafından ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. AİHS'nin 9. maddesi "Din, vicdan ve düşünce özgürlüğünü" düzenlemektedir. İddianın dayanağı ise üniversitelerde uygulanan türban yasağı ve bu yasak sonucunda AİHS'nin 9. maddesinde teminat altına alınan din özgürlüğü ve dinini açıklama hakkına yapılan haksız müdahaledir. Hükümet ise bu iddiayı reddetmiş ve yapılan müdahalenin AİHS'nin 9. maddesinin II. fıkrası (bu fıkra birinci fıkroda ifade edilen hakların hangi hallerde ve hangi usullerle sınırlanabileceğini düzenlemektedir.) kapsamında haklılığının kabulü iddiasında bulunmuştur. Mahkeme ise bu konuyu; bir müdahalenin varlığının olup olmadığı, yasa tarafından öngörülme, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ana

başlıkları altında incelemiştir. Buralarda yaptığı değerlendirmeler (bu husus ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.) sonucunda başörtüsü yasağı getiren genelgenin AİHS 9. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Leyla Şahin'in son iddiası, yapılan müdahalenin sözleşmenin 8. ve 10. maddeleri ile (8. madde özel hayatın ve aile hayatının korunmasını, 10. madde ifade özgürlüğü hususunu düzenlemektedir.) 9. madde ve sözleşmeye ek 1 protokolün 2. maddesinin (sözleşmeye ek 1. protokolün 2. maddesi; eğitim hakkını düzenlemektedir.) birlikte ele alınarak sözleşmenin 14. maddesine (14. madde ayrımcılık yasağını düzenlemektedir.) aykırılık iddiasıdır. Mahkeme sözleşmenin 9. maddesine bir aykırılık olmadığı hususundaki açıklamaların bu iddia için de geçerli olduğunu söyleyerek iddiayı reddetmiştir. Kısaca davanın tanıtımını yaptıktan sonra meselemizi ayrıntılandırmaya geçebiliriz.

Önemli bir tespit

Her şeyden önce neyin dava konusu olduğunu bir başka ifadeyle AİHM'in neyi, Leyla Şahin tarafından ileri sürülen AİHS'nin ilgili maddeleri uyarınca incelediğini tespit etmemiz gerekmektedir. Bu bilgiyi davanın karar metninden elde edebiliyoruz. AİHM sadece İstanbul Üniversitesi'nin çıkarttığı genel bir önlem (yani 23 Şubat 1998 tarihli genelge) ve onun uygulanışının davacı Leyla Şahin tarafından ileri sürülen AİHS'nin ilgili maddelerine aykırılık teşkil edip etmediği hususunu değerlendirmiştir. Ben burada öncelikle İstanbul Üniversitesi'nin çıkarttığı ve dava konusu olan bu genelge üzerinde durmak istiyorum.

B. Dava Konusu Genelgenin Hukuki Açidan Değerlendirilmesi

İstanbul Üniversitesi 23 Şubat 1998 tarihinde bir genelge çıkarmıştır. Genelgenin hukuki niteliğini tespit edebilmemiz için önce İstanbul Üniversitesi'ni hukuki açıdan değerlendirmemiz gerekmektedir. İstanbul Üniversitesi bir yükseköğretim kurumudur ve Anayasa'nın yükseköğretim kurumlarını düzenleyen 130. maddesine göre kamu tüzel kişiliğine sahiptir. Kamu tüzel kişiliği hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının varoluş kaynağıdır. Üniversiteler de hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olup yükseköğretim kamu hizmetinin tüzel kişilik tanınmış halidir. Kamu tüzel kişiliğine sahip olma üniversitelere kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma, yönetmelik çıkarma vb. gibi bir takım yetkiler vermektedir.

Burada akla gelen ilk soru bu genelge idari işlem midir? Bir idari işlem olduğu açıkça görülmektedir. Genelge, idari teşkilatlanma içerisinde yer alan ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olan bir üniversiteden kaynaklanmaktadır. Genelge tek taraflı bir irade

açıklamasıyla vücut bulmuştur. Üniversite genelgeyi çıkarırken bu genelgeden etkilenecek olan kişilerin iradesine başvurmamıştır. Yani “hukuki özne ve nesnelerin rızasına hilafen” yapılan bir düzenleme vardır. Genelgenin bir idari işlem olduğunu tespit ettikten sonra aklımıza gelen ikinci soruyu; bu idari işlem düzenleyici mi yoksa birel idari işlem mi? sorusunu cevaplandırmak istiyorum.

İdari işlemler düzenleyici ve birel idari işlem olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Düzenleyici idari işlemler, idarenin kural koyan işlemleridir. Kuralların temel özelliği genel, soyut ve sürekli olmalarıdır. Genelgeyi incelediğimizde bir genellikten söz edebilmemiz mümkündür çünkü genelge İstanbul Üniversitesi’ndeki bütün erkek ve kadın öğrencileri kapsamaktadır. Sürekli olduğunu söyleyebiliriz çünkü getirilen kılık kıyafet uygulaması herhangi bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Soyut olduğunu söylemek ise zordur. Somut olarak kılık kıyafet hususunu düzenlemektedir.(Genelge herhangi bir kişiye özgü olarak düzenlenmediği için bu açıdan genelgenin soyut olduğunu düşünebiliriz.) Bunların yanı sıra genelgenin kılık kıyafet hususunda kural koyduğu açıkça görülmektedir. Birel idari işlemin de idarenin kural koymayan işlemi olduğunu göz önünde bulundurursak, İstanbul Üniversitesi’nin çıkarttığı genelgenin düzenleyici bir idari işlem olduğu neticesine ulaşabiliriz. Genelgenin hukuki niteliğini tespit ettikten sonra Leyla Şahin’in genelgeye karşı Türkiye’de kullandığı yargı yolunu incelemek istiyorum.

C. Genelgenin Türk Yargı Düzenindeki Macerası

Leyla Şahin söz konusu genelgenin iptali için 29 Temmuz 1998 tarihinde İstanbul İdare Mahkemesi’ne dava açmıştır. Taraflar birey ve idare olduğu için bu uyuşmazlığın çözüm yeri ayrı bir yargı düzeni olan idari yargı düzenidir.Leyla Şahin başvurusunda söz konusu genelgenin yasal dayanağının bulunmadığını, öğretim makamlarının bu konuda bir yetkilerinin bulunmadığını ve genelge ile uygulamasının AİHS’nin 8., 9. ve 14. maddeleri ile 1. protokolün 2. maddesinin ihlali olduğunu iddia etmiştir.

Genelgenin yasal dayanağının bulunmadığını iddia etmek, “idarenin yasallığı” ilkesinin ihlalini iddia etmektir. İdare kural koyma yetkisine sahiptir ama bunun sınırı nedir? diye sorduğumuzda “idarenin yasallığı” ilkesi bize bu sorunun cevabını vermektedir. Bu ilke gereğince, idare yasaların çizdiği sınırlar içerisinde kural koyma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla buradan yasanın olmadığı yerde idare olmaz sonucuna ulaşabiliriz. Anayasa’nın 130. maddesinin I. fıkrası üniversitelerin kanunla kurulacağını hükme bağlamıştır. Aynı maddenin IX. fıkrası da yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve

bunların görev, yetki ve sorumluluklarının kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Bu konuda çıkarılmış 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu vardır. Bu kanun bir idare makamı olan üniversitenin yetki sınırlarını çizmektedir. Kanunun 13. maddesinin (b) bendi, üniversitenin idare organı olan rektörün görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemiştir. Bu madde; rektöre üniversitenin birimleri ve her düzeydeki personeli üzerinde genel gözetim ve denetim görevi ile eğitim, öğretim, bilimsel araştırma ve yayım faaliyetlerinin devlet kalkınma plan ilke ve hedefleri doğrultusunda planlanıp yürütülmesi görevi vermiştir. Bu maddede “genel gözetim ve denetim” ifadesi önemlidir. Bu genel gözetim ve denetim görevi üniversite birimleri ve her düzeydeki personeli kapsamaktadır. Lâfzi açıdan değerlendirirsek “öğrenci” ifadesi yer almadığı için söz konusu görevin öğrencileri kapsamadığı, rektörün yasanın çizdiği sınırları aştığı dolayısıyla idarenin yasallığı ilkesinin ihlal edildiği neticesine ulaşabiliriz. Ancak bu doğru bir yorum değildir. Üniversite birimleri ifadesi fakülte-yüksekokul-enstitü gibi kurumları ifade etmekte olup bu kurumları öğrencisiz düşünebilmemiz mümkün değildir. Öğrenci bu birimlerin aslî unsuru olup öğrenci olmadan bu birimlerin bir anlamının olmayacağı ortadadır. Dolayısıyla “genel gözetim ve denetim” görevi öğrencileri de kapsamaktadır. Bu açıdan bakıldığında yapılan düzenlemenin yasal bir dayanağı vardır ve idarenin yasallığı ilkesi ihlal edilmemiştir, diyebiliriz. Nitekim İdare Mahkemesi de kanunun 13. (b) maddesinin rektöre bu yetkiyi verdiği gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Ancak yapılan bu düzenlemenin herhangi bir yasal dayanağının bulunmadığını iddia eden bir görüş de mevcuttur. Bu görüşün dayanağı da anayasadır. “Anayasa’nın 130.maddesinin IX. fıkrasında yükseköğretim disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği açıkça belirtilmiştir.Buna bağlı olarak YÖK Kanunu’nun 65. maddesinde öğrencilerin disiplin işlemlerinin YÖK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.Bu nedenle üniversitelerin disiplin konusunda davamıza konu olan nitelikte düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır.”² Bu hususta üniversitelerin yaptıkları düzenlemeler dayanaksızdır.Bu husustaki düzenleme yetkisi açıkça YÖK’e verilmiş durumdadır. “İdarenin yasallığı” ilkesinin hayata geçirilmesi açısından bu düzenlemelerin YÖK tarafından yapılması gerekmektedir.

Bir başka iddia; genelgenin ve uygulamasının AİHS’nin 8., 9. ve 14. maddeleri ile 1. protokolün 2. maddesinin ihlali olduğu yönündedir. Türkiye AİHS’ye taraf olan ülkelerden biridir. Anayasamızın 90. maddesi bu imkanı Leyla Şahin’e vermektedir ve bunun yanında bu iddianın dile getirilmiş olması Leyla Şahin’in AİHM’e yapacağı başvuru açısından da önemlidir.

² Onur KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti; Kavramsal ve Hukuksal Rejim**, Turhan Yayınları, Ankara, 2002, s.212

Leyla Şahin idare mahkemesinin verdiği karar üzerine Danıştay’a temyiz talebinde bulunmuştur. Danıştay temyiz talebini 19 Nisan 2001 tarihinde reddetmiş yani mahkemenin verdiği kararın doğru olduğuna hükmetmiştir. Genelgenin Türkiye’deki yargı macerası bu tarihte noktalanmış başka bir ifadeyle iç hukuk yolları tüketilmiştir. Bu noktadan itibaren genelgenin AİHM yolundaki macerasını irdelemeye geçebiliriz.

D. Genelgenin AİHM Yolundaki Macerası

Bir önceki bölümde Danıştay’ın 19 Nisan 2001 tarihinde temyiz talebini reddetmesiyle beraber iç hukuk yollarının tüketildiğini ifade etmiştik. Bu tarihten itibaren 6 ay içerisinde AİHS’nin 35. maddesinin I. Fıkrasına göre AİHM’e başvurma hakkı bulunmaktadır. Acaba olayımızda da işleyiş bu şekilde mi gerçekleşmiştir?

İlk olarak tartışmaya açmak istediğim husus Leyla Şahin davasının açılmasında izlenen usulün AİHS’de ifade edilen AİHM’de davaların nasıl açılması gerektiğine dair usulle uyuşup uyşmadığı hususudur. Davamıza şeklen baktığımızda bir sorun yok gibi gözükmektedir. Çünkü davanın kabul edildiği tarihten (2 Temmuz 2002 davanın kabul edildiği tarih) önce iç hukuk yolları tüketilmiştir. (19 Nisan 2001 iç hukuk yollarının tüketildiği tarih) Evet bu açıdan bakarsak herhangi bir sorun yok ancak ben biraz bu hususu irdelemek ve kanaatimce önemli olan noktalara dikkat çekmek istiyorum.

Leyla Şahin 21 Haziran 1998 tarihinde bu konuyla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na başvurmuştur. (Dikkatinizi çekmek istiyorum. Bu tarihte Leyla Şahin daha hiçbir iç hukuk yolunu kullanmamıştır. İdare mahkemesinde davanın açılış tarihi 29 Temmuz 1998’tir.) Leyla Şahin’in yaptığı bu başvuru 11 Nolu protokolün yürürlüğe girmesiyle beraber 1 Kasım 1998’de AİHM’e devredilmiştir. AİHM bu tarihten tam 44 ay sonra (3 yıl 8 ay sonra) 2 Temmuz 2002 tarihinde “elinde bulunan belgeleri göz önünde bulundurarak iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunu esası incelemesiyle birleştirerek davanın kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.”³ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu karar iç hukuk yolları tüketildikten sonra alınmıştır dolayısıyla şekli manada bir sorun yok gibi gözükmektedir. Ancak mahkeme kendi talebiyle 29 Eylül 2003 tarihinde davacı taraftan iç hukuk yollarının tüketildiğine dair belgeleri istemiştir. (Bu durum, acaba davacı taraf yani Leyla Şahin mahkemeye başvurabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğini bilmiyor mu? sorusunu akıllara getirmektedir. Esasında Leyla Şahin’in bu tarihte bu belgeleri dava dosyasına koyması imkan dahilinde değildir çünkü bu tarihte elinde iç hukuk yollarının

³ AİHM.,Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu, Başvuru No.44774/98,K.2004,k.t.29.06.2004,60.Paragraf.

tüketildiğine dair bir belge yoktur.) Ayrıca mahkeme kararında bu hususu vurgulamış ve Leyla Şahin'in davanın kabul edilebilirliğinin incelenmesi sonrasına kadar iç hukuk yollarını kullandığına dair bilgi vermediğini ifade etmiştir.⁴

Mahkeme ise davanın kabul edilebilir olduğuna dair verdiği kararın üzerinden tam 15 ay sonra iç hukuk yollarının tüketildiğine dair belgeleri talep edip yaptığı incelemede, kabul edilebilirlik kararından önce iç hukuk yollarının tüketildiğini söyleyerek başvurunun AİHS 35. maddesinin I. Fıkrasına(AİHS'nin başvuruların kabul edilebilirlik şartını düzenleyen maddesi) uygun olduğuna karar vermiştir.

Dikkatimi çeken noktalar; mahkeme 2 Temmuz 2002 tarihinde elinde iç hukuk yollarının tüketildiğine dair hiçbir belge-bilgi yokken, iç hukuk yollarının tüketilmesi meselesi çözülmeden hangi belgeleri göz önünde bulundurarak bu meseleyi esas incelemeyle birleştirerek davanın kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir? AİHM 2 Temmuz 2002'de elimde iç hukuk yollarının tüketildiğine dair hiçbir belge-bilgi yok deyip davayı rahatlıkla reddedebilirdi. Kanaatimce yapması gereken de buydu. Başvuru 1 Kasım 1998 tarihinde AİHM'e devredilmiştir. Bu tarihte Leyla Şahin idare mahkemesinden konuyla ilgili menfi ya da müsbet hiçbir karar almamıştır. Yani ortada hak ihlali olduğu kanısını uyandıracak bir karar yoktur. AİHM, belgeler kendisine ulaştığında, kendisine başvuru yapıldığı sırada ortada hak ihlali olduğu kanısını uyandıracak bir durum yok deyip de başvuru şeklinin yanlış olduğunu ifade edip davayı yine reddedebilirdi. (Çünkü başvuru ancak iç hukuk yolu tüketildikten sonra 6 ay içerisinde yapılabilir. Yani bu süre 19 Nisan 2001'de başlayıp 19 Ekim 2001'de sona ermektedir. Halbuki başvuru iç hukuktan nihai karar alınmadan 30 ay önce 1 Kasım 1998'de yapılmıştır.)Kanaatim odur ki; bu dava AİHM tarafından ön koşullar yönünden reddedilmesi gereken bir davadır.Ancak mahkemenin davayı hem reddetmemiş olması hem de davaya bakabilmesi için zorunlu olan belgeleri kendi talep etmiş olması, mahkemenin davaya bakma isteğini, Türkiye'nin bu nazik meselesi hakkında hüküm verme isteğini açıkça ortaya koymaktadır.

Neticede AİHM T.C. hükümetinin iç hukuk yollarının tüketilmediği yolundaki itirazını reddetmiştir. Kanaatimce böylesine ilginç ve çetrefil bir şekilde AİHM'e dava konusu olan türban meselesinin AİHM yolundaki macerasını anlattıktan sonra esas manada bizim için önemli olan AİHM kararının incelenmesine geçebiliriz.

⁴ AİHM.,Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu, Başvuru No.44774/98,K.2004,k.t.29.06.2004,61.Paragraf

II.AİHM'in Verdiği Karar ve Kararın Hukuki İncelemesi

Bu bölüm beş ana başlık altında incelenecektir. İlk başlıkta AİHM'in AİHS'nin 9.maddesinden ne anladığı açıklanacak, ikinci başlıkla beraber mahkemenin verdiği kararın hukuki açıdan değerlendirilmesine geçilecektir. İkinci başlıkla genelgenin Leyla Şahin'in AİHS tarafından teminat altına alınan haklarına bir müdahalede bulunup bulunmadığı meselesi ele alınacak, üçüncü başlıkta yapılan müdahalenin yasal bir dayanağının bulunup bulunmadığı tartışılacak burada ayrıca bu konudaki Anayasa Mahkemesi'nin türban hakkında verdiği kararlara da değinilmekte.Dördüncü başlıkta yapılan müdahalenin nasıl bir meşru amaç güttüğü ele alınacak, beşinci başlıkta ise bu müdahalenin demokratik bir toplumda kabul edilebilir olup olmadığı hususu ele alınacaktır.

A. AİHM AİHS'nin 9.maddesinden ne anlıyor?

Davanın temel eksenini söz konusu genelgenin ve uygulamasının AİHS'nin 9. maddesini ihlal edip etmediği hususudur. Öncelikle AİHS'nin 9. maddesi neyi düzenlemektedir, ona bakmalıyız. Madde; “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Maddenin I. Fıkrası; Herkes düşünme, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din ya da kanaat değiştirme özgürlüğünü ve tek başına ya da topluca, açıkça ya da özel biçimde ibadet, öğrenim, dinsel ödev ve törenler yoluyla, dinini ya da kanısını açığa vurmak özgürlüğünü kapsamı içine alır, şeklindedir. Bu ifadenin ilk cümlesinden herkesin bu hususta mutlak bir özgürlük hakkının olduğunu anlıyoruz ve devam eden cümle bu hakkın kapsamını net bir biçimde belirtmektedir. Maddenin II. Fıkrası; dinini ya da kanılarını açığa vurmak özgürlüğü demokratik bir toplumda ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın, genel ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanunda öngörülen zorunlu olan önlemlerle sınırlanabilir, şeklindedir. Bu fıkra dinini ya da kanılarını açığa vurma özgürlüğünün hangi hallerde ve ne şekilde sınırlanabileceğini ifade etmektedir.

AİHS'nin bu konudaki düzenlemesinin Türk Anayasası'ndaki muadil düzenlemesi din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 24. madde ile düşünce ve kanaat hürriyetini düzenleyen 25. maddesidir. 24. maddede AİHS'de olduğu gibi herkesin din ve vicdan özgürlüğüne sahip olduğu ifade edildikten sonra 14. maddeye atıfta bulunularak buradaki hükümlere aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olduğu belirtilmiştir. Sınır; bu hakların devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağıdır. 25. maddede AİHS'de olduğu gibi herkesin düşünce ve kanaat

özgürlüğüne sahip olduğu ifade edildikten sonra bu hakkın milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri korunması vd. nedenler uyarınca sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Esasında Türkiye'nin bu husustaki düzenlemesinin AİHS'den çok da farklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bunun yanı sıra hakların kullanımının sınırları çizilirken Türkiye'ye özgü ifadeler (cumhuriyetin temel nitelikleri, laik ve demokratik cumhuriyet vb. gibi) yer almıştır. Bu çok normaldir. Takdir edilir ki her ülkenin hassasiyet gösterdiği unsurlar birbirinden farklıdır. Bununla beraber ifade ettiğimiz üzere çok büyük bir ayrılığın olduğunu söylemek zordur.

Buradan hareketle bizim için esas can alıcı noktaya geelim. AİHM AİHS'nin 9. maddesinden ne anlamaktadır? AİHM bu özgürlüğün; “dini boyutuyla inananların kimliğini ve yaşam anlayışlarını meydana getiren hayati unsurlardan biri olduğunu, ancak aynı zamanda ateistler, agnostikler, skeptikler ve bu konuyla ilgilenmeyenler içinde çok önemli bir değer olduğunu ifade etmiştir. Bunun yanında bu özgürlük bir dini inanca sahip olma ya da olmama ve dinin gereklerini yerine getirme ya da getirmeme özgürlüğünü de içermektedir. Din özgürlüğü kişinin yalnızken, başkalarıyla birlikteyken, topluluk içindeyken dinini açıklama özgürlüğünü de içerir. Madde bu özgürlüğün hangi şekillerde açıklanabileceğini ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak şeklinde sıralamıştır. Ancak 9. madde bir din ya da inançtan kaynaklanan bütün eylemleri korumaz ve kamu alanında bir dinin emrettiği şekilde davranma özgürlüğünü her zaman güvence altına almaz.”⁵ AİHM maddeden çıkardığı anlam budur. Hem inananları hem de inanmayanları dikkate alan ve sınırları olan bir özgürlük anlayışı olduğunu anlıyoruz. Buradan hareketle yukarıda ifade ettiğimiz AİHM'in AİHS'nin 9. maddesinden ne anladığı konusundaki düşüncesi üzerinde durmak istiyorum. İnsanların inandıkları dinin hayatlarındaki yeri ve önemi kişiden kişiye değişir. Bir insan “inanıyorum” der ancak hayatına inandıkları yön vermez ama başka bir insan “inanıyorum” der ve o kişinin hayatını inandıkları şekillendirmektedir, inandığı değerler doğrultusunda yaşamaktadır. İslam Dinini düşündüğümüz de, İslam Dininin getirdiği inanç sistemiyle bütüncül bir din olduğunu anlayabiliriz. İslam dini inanan insanın hayatının her safhasını kapsamakta ve kişiye bir hayat çizgisi vermektedir. Kişinin bu hayat çizgisine olan bağlılığının derecesi tamamen şahsi tercihidir ve bu tercihin meydana gelmesinde kişinin yetiştiği ortamdan tutun da medyaya kadar birçok etken vardır. Inananlar arasında dahi böylesine farklılıklar mevcuttur ve bu durumu Türkiye'yi gözlemleyerek somutlaştıramamız mümkündür. Tabi mesele sadece inanma meselesi değildir. Bunun yanında inancını dışa vurma, inancının gerektiği şekilde

⁵ AİHM., Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu, Başvuru no:44774/98, K.2004, k.t.29.06.2004, 66.Paragraf

hareket etme meselesi vardır. Zaten kanaatim odur ki inanıp da inandığınız şekilde hareket edemedikten sonra bu özgürlüğün ne anlamı kalacaktır? Bu özgürlüğü anlamlı hale getiren inandığını dış dünyaya aksettirebilmektir. Yoksa “inanma” zaten kişinin kendi iç dünyasında ortaya çıkan, gelişen bir husustur ve bu husus hiçbir kuvvet tarafından engellenemez. Dolayısıyla “herkes, din, vicdan ve kanaat özgürlüğüne sahiptir” türünden sözleri anlamsız buluyorum, bunlar içi boş laflardır çünkü hiçbir yasa kişinin inancını ortadan kaldıramaz, bu durum eşyanın tabiatına aykırıdır. Mesele inancın açıklanabilmesi, dış dünyaya aksettirilebilmesi meselesidir. İslam dinini düşündüğümüzde; İslam dini aktif bir dindir. İnanan kişinin toplum yaşamı içerisinde aktif olmasını ve kendisinin “Müslüman” olduğunu (olumlu manada) diğer insanlara hissettirmesini ve davranışlarıyla diğer insanlara örnek olması gerektiğini vurgulamaktadır. İşte tartışma konusu burada ortaya çıkmaktadır. İnancını açıklama ve dış dünyaya aksettirebilmenin sınırı ne olacaktır? Yani istediğiniz gibi inanabilirsiniz ancak istediğiniz gibi ibadet edemez, istediğiniz gibi inancınız doğrultusunda hareket edemezsiniz. Bu sınır konusunda AİHM, din ve vicdan özgürlüğünün bir din ya da inançtan kaynaklanan bütün eylemleri kapsamadığı ve kamu alanında bir dinin emrettiği şekilde davranma özgürlüğünü her durumda güvence altına almadığını söyleyerek fikir vermektedir. Kullandığı bu muğlak ifadeyi daha ileride değineceğimiz üzere devletin takdir hakkı (bu takdir hakkı da kurucu irade tarafından şekillenmektedir. Yani kurucu irade din ve vicdan özgürlüğünden ne anlıyorsa siz ancak onun anladığı şeklin sınırları içinde inancınızı açıklayabilir, dış dünyaya yansıtabilirsiniz. Türkiye’de kurucu irade türbanı kendisi için bir tehlike olarak algıladığından böyle bir inancın dışavurum şeklini özgürlük kapsamında değerlendirmemektedir. Bu ifademizde de anlaşılabileceği gibi ileride üzerinde daha fazla duracağımız husus ortaya çıkmakta, Türkiye’de türban meselesi bir asli kurucu iktidar meselesidir.) bağlamında değerlendirerek, hangi eylemleri kapsamadığı, hangi durumda güvence altına almadığını devletin takdirine bırakacaktır.

AİHM 9. maddeyi bu şekilde değerlendirdikten sonra bu maddede belirtilen haklara müdahale edilip edilmediği, edilmiş ise yasada öngörülüp öngörülmediği, meşru bir amacının bulunup bulunmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususlarını 4 ana başlık altında 9. maddenin II. fıkrası bağlamında incelemiştir. Burada karar metnindeki sıra izlenecek ve her bir ana başlık hukuki açıdan irdelenmeye çalışılacaktır.

B. Genelge Leyla Şahin'in haklarına bir müdahalede bulunuyor mu?

AİHM söz konusu başörtüsü takma yasağı getiren genelgenin kişinin dinini açıklama özgürlüğüne müdahale olduğunu kabul ederek hareket etmekte ve bu müdahaleyi diğer 3 ana başlık altında değerlendirmektedir. Burada dikkatimi çeken bir nokta olmuştur. Leyla Şahin genelge ile getirilen yasaklamanın ve sonuçta İstanbul Üniversitesi'nden ihraç edilişinin⁶ dinini açıklama özgürlüğüne yapılmış açık bir müdahale olduğu iddiasındadır. Ancak dava dosyasında; "Leyla Şahin'in sözkonusu genelgeye uymadığı gerekçesiyle ihraç edilişiyle sonuçlanan hiçbir disiplin işleminin belgesi bulunmamaktadır."⁷ Gerçekten Leyla Şahin hakkında üniversiteden ihracıyla sonuçlanan bir disiplin işlemi yapılmamıştır. Türbanından ötürü sadece bir uyarı cezası almış, okuldan bir dönem uzaklaştırılmasına ise izinsiz düzenlenen bir gösteriye katılması sebep olmuştur. Almış olduğu bu disiplin cezaları 2000 yılında çıkarılan öğrenci affı dolayısıyla ortadan kalkmıştır. Bu anlamda dava dosyasına iddiasına dayanak oluşturacak herhangi bir belge koyması mümkün değildir. Ancak şu da bir gerçektir ki; her ne kadar bir af söz konusu olmuşsa da Leyla Şahin türban takmakta ısrar ettiği sürece eğitimi sürdürbilmesinin imkanı bulunmamaktadır. Zaten İstanbul Üniversitesi'nde iken türbanlı olduğu gerekçesiyle sınavlara alınmaması, ders kayıtlarının yapılmaması dolaylı olarak onun eğitimi sürdürmesine engel olmaktadır. Bence davada inceleme konusu yapılmayan bu nokta çok önemlidir. Çünkü buradan hareketle sadece söz konusu genelgenin AİHS'nin ilgili maddelerine aykırı olup olmadığı denetlenmiş, türban meselesinin eğitim hakkı ile olan ilişkisinin AİHS bağlamında değerlendirilmesi konusunda tek bir kelime dahi edilmemiştir. Acaba bu husus da ele alınsaydı dini inancından başını örttüğü için söz konusu genelgeyle Leyla Şahin'in eğitim, öğretim hakkı elinden alınıyor (çünkü bu kıyafetle Türkiye'de başka bir okluda okuması imkansız olduğundan dolaylı olarak bu hakkı elinden alınmıştır.) iddiasını AİHM nasıl değerlendirecekti? Böyle bir gerekçeyle bir kişi eğitim, öğretim hakkından yoksun bırakılabilir mi? Bunu devletin takdir yetkisi kapsamında nasıl değerlendirebiliriz? Bu yasaklamayla eğitim-öğretim hakkının özüne dokunulmuş olmuyor mu? gibi çoğaltabileceğimiz sorular cevapsız kalmaktadır. Böylesine can alıcı, önemli bir hususun gözden kaçırılmış olması kararın türban meselesini kapsayıcı olmaktan uzak bulunduğunun göstergelerinden biridir.

⁶ Leyla Şahin kararın 68.paragrafında üniversiteden ihraç edilmiş olduğunu ifade etmektedir.

⁷ AİHM.,Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu,Başvuru No:44774/98,K.2004,k.t.29.06.2004,70.Paragraf

C. Müdahalenin yasal bir dayanağı var mı?

Leyla Şahin davasına konu olan, ilk bölümde de ifade ettiğimiz üzere İstanbul Üniversitesi'nin çıkarmış olduğu bir genelgedir. Bildiğimiz üzere AİHS'nin 9. maddesinin II. fıkrasında yapılacak sınırlamaların kanunla yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Oysa söz konusu müdahaleyi gündeme getiren bir genelgedir. (Yani yasa altı bir düzenleme) AİHM bu konuya açıklık getirmiştir. AİHM; “ ‘yasa’ terimini şeklen değil özü itibarıyla algıladığını vurgulamış dolayısıyla yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri kapsayan yazılı ve yazılı olmayan hukuku da dahil etmiştir.”⁸ Burada yasama fonksiyonunu diğer fonksiyonlardan ayıran 2 temel kriter dile getirilmiştir. Şekli kriter ve maddi kriter. Mahkeme şekli kriteri kabul etmemektedir. Şekli kriter, yasama fonksiyonunu tanımlarken yapılan işlemin içeriğine bakmaksızın onun yasama organı tarafından yapılıp yapılmadığına bakar ve neticede bir işlem yasama organı tarafından yapılmış ise bu bir yasama fonksiyonudur. Dolayısıyla mahkeme bu kriteri kabul etmiş olsaydı müdahalenin dayanağı olan genelge yasama organı tarafından yapılmadığı için bir yasama işlemi sayılmayacak ve “yasa tarafından öngörölme” hususu gerçekleşmemiş olacaktı. Ancak mahkeme maddi kriteri kabul etmiştir. Maddi kriter; yasama fonksiyonunu tanımlarken bunun kimler ya da hangi organlar tarafından yapıldığına bakmaksızın sadece içeriğine bakar ve yapılan işlem kural koyan bir işlemse, yasama işlemi olarak kabul eder. Dolayısıyla başlangıçta açıkladığımız üzere genelgemiz bir kural koyan işlem niteliğindedir ve neticede AİHM tarafından “yasa tarafından öngörölme” hususunu karşılamaktadır.

“Yasa tarafından öngörölme” hususunda yukarıda anlattıklarımızın yanında AİHM genelge ile yapılan müdahalenin Türk hukukunda dayanağı olduğunu, genelgenin erişebilir olup tahmin edilebilirlik şartını yerine getirmek anlamında yeterince açık ve kesin olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme “yasayla öngörölme” ibaresinden ne anladığını açıklamıştır. Mahkeme; “ karşı çıkılan tedbirin (genelgenin) sadece iç hukukta bir temelinin bulunmasının yeterli olmadığını aynı zamanda yasanın niteliklerinin de açıklanması gerektiğini ve bu yasanın ilgili kişi için ulaşılabilir ve etkilerinin öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmiştir.”⁹ Bu manada mahkeme bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete’de yayınlanarak erişilebilirlik şartını yerine getirdiğini bunun yanında İstanbul Üniversitesi’nde 1994 yılından itibaren kılık kıyafet hususunda kabul edilen ilke kararı neticesinde Anayasa Mahkemesi kararının dini giysilerin giyilmesini yasakladığı şeklinde

⁸ AİHM.,Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu,Başvuru No:44774/98,K.2004,k.t.29.06.2004,77.Paragraf

⁹ Adı Geçen Karar,74.Paragraf

yorumlanarak üniversitede bu tip giysilerin giyilmesi yasaklanmış ve bu kurallara uymayanların derslere alınmayacağı kabul edilmiştir. AİHM bu yapılanların “yasayla öngörülme” şartını karşıladığını kabul etmiştir.

Dikkatimi çeken noktalardan birisi de Leyla Şahin’in Anayasa Mahkemesi’nin 9 Nisan 1991 tarihinde vermiş olduğu kararında kılık kıyafet özgürlüğü ilkesini getiren ilgili hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar verdiğini dolayısıyla başörtüsü yasağı diye bir şeyin hukuken söz konusu olamayacağını ileri sürmesidir. Ben bu nokta üzerinde biraz durmak istiyorum.

Başörtüsü konusunda Anayasa Mahkemesi’nin verdiği ilk karar 7 Mart 1989 tarihliidir. Bu davada iptali istenen 2547 sayılı YÖK kanununa 3511 sayılı kanunun geçici 2. maddesiyle eklenen Ek Madde-16’dır. Bu maddenin son cümlesi; (esas kıyametin koptuğu nokta burasıdır) “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir”, şeklindedir. Anayasa mahkemesi kararında uzun laiklik tanımları yapmıştır ve netice olarak söz konusu kanun hükmünün dinsel inanç gereğine dayalı bir düzenleme getirdiğini bunun da anayasası’nda laikliği benimsemiş bir toplumda mümkün olamayacağını söyleyerek kanun hükmünü iptal etmiştir.¹⁰ Verilen karar tutarlı bir karardır. Mümtaz Soysal; “Laikliğin 3 aşaması bulunduğunu söylemekte ve 3. aşamasının yaşandığı günümüz laiklik anlayışında toplumsal kuralların kaynağı din olamaz”¹¹, şeklinde bir ifadesi vardır. Dolayısıyla yapılmak istenen düzenlemede de çok açık bir biçimde dayanak olarak din gösterildiğinden laik bir toplumda bu mümkün değildir ve laiklik ilkesinin yer aldığı Anayasa’ya aykırıdır. Bu karara burada yer vermemin sebebi Anayasa Mahkemesi’nin 1991 yılında verdiği kararında bu karara atıfta bulunmasıdır.

9 Nisan 1991 tarihinde Anayasa Mahkemesi türban konusunda ikinci kararını vermiş ve bu karar büyük tartışmaları beraberinde getirmiştir. Davada iptali istenen 3670 sayılı kanunun 12. maddesi ile 2547 sayılı YÖK kanununa eklenen Ek Madde-17’dir. Bu maddede; yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir, denmektedir. Anayasa mahkemesi kararını verirken “yürürlükteki kanun” deyişi üzerinde durmuş ve bu ifadeye açıklık kazandırmıştır. Anayasa’nın da bir yasa olduğundan ve normlar hiyerarşisinde en tepede yer aldığından yola çıkarak; bu deyiş öncelikle Anayasa’yı kapsamaktadır, tespitinde bulunmuştur. Ek madde 17’nin; Anayasa ve yasalara aykırı olmamak üzere yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir, anlamına geldiğini

¹⁰ Bu karar için bkz. AM.,E.1989/1,K.1989/12,k.t.7.3.1989,www.anayasa.gov.tr

¹¹ Mümtaz SOYSAL’ın bu ifadesi Yavuz SABUNCU’nun Türkiye’nin Anayasal Düzeni adlı dersinden alınmıştır. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mümtaz SOYSAL, **Anayasaya Giriş**, AÜSBFY, Ankara, 1969.

ifade etmiştir. 1989 yılında vermiş olduğu karara atıfta bulunarak yükseköğretim kurumlarında başörtüsü takmanın Anayasa’ya aykırı olduğunu belirtmiş ve Anayasa mahkemesi kararlarının da Anayasa’nın 153. maddesine göre bağlayıcı olduğu ifade edilerek söz konusu düzenlemenin başörtüsünü kapsamadığı yorumunda bulunmuş ve bu şekilde düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. İşte anayasa mahkemesi’nin ünlü “yorumlu red” kararı budur.¹² Çıkarılacak bir yasanın anayasaya aykırı olmaması esastır. Dolayısıyla Ek Madde-17’nin de anayasa’ya aykırı olmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırı olduğuna karar vermemiş, 1989 yılındaki kararına atıfta bulunarak bu düzenlemenin kapsamında türbanın olmadığı yorumunda bulunmuştur. Tartışmanın başladığı nokta burasıdır. Anayasa Mahkemesi bunu yapabilir mi? Hepimizin bildiği üzere söz konusu düzenleme türbanı üniversitelerde serbest bırakmak amacıyla yapılmıştı. Kanun koyucunun yani TBMM’nin iradesi bu yöndeydi. Bununla beraber Anayasa’nın 153. maddesinin II. fıkrası; Anayasa Mahkemesi bir kanunun tamamını ya da bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez, şeklindedir. Anayasa mahkemesi söz konusu düzenlemeyi iptal etmemiştir ancak yaptığı yorumla yeni bir uygulamaya yol açmış olup bu TBMM iradesinin zıttında olan bir uygulamadır. TBMM iradesi türbanın yükseköğretim kurumlarında serbest bırakılmasını isterken, Anayasa Mahkemesi TBMM’nin üstünde yer alan bir irade gibi bu uygulamaya izin vermemektedir. Bu noktada önemli sorular vardır. Ulusun egemenliği ne olacaktır? Anayasa Mahkemesi egemenliğin kayıtsız şartsız sahibi ulusun üzerinde midir? Şöyle bir kurgu düşünersek herhalde bu çıkmazı aşabiliriz.¹³ Bodin’in egemenlik kuramında egemenlik sınırlanamaz niteliktedir ve devredilemez. Ancak ulus egemenliğinin tecelli ettiği TBMM’nin iradesine Anayasa Mahkemesi ket vurmaktadır. Denebilir ki; ulus egemenliğini Anayasa’yı yaparken kullanmış dolayısıyla kendi egemenliğini yine kendi yaptığı anayasa ile sınırlamıştır. Buradan hareketle egemenlik Anayasa’nın çizdiği çerçeve ile sınırlıdır deriz ki, bu kurgudan hareket edersek pek bir sorun kalmaz. Peki ulus anayasayı 1982 yılında gerçekten kendi iradesiyle mi yapmıştır? sorusuna verilecek cevaplar büyük bir tartışmanın kapısını bizlere açar. Bizim esas meselemiz olmadığı için burada üstünde durmuyoruz. Bunun yanında Onur Karahanoğulları’nın Anayasa Mahkemesi’nin böyle bir yetkisi bulunmadığı yönünde bir görüşü vardır. Karahanoğulları bu hususta;

“Anayasa Mahkemesi ya iptal ya da iptal isteminin reddi kararı verir. Mahkemenin ‘yorumlu red’ kararı vermesi, gerçekte yeni bir düzenleme yapmasıdır. Mahkemelerin uyuşmazlıklara uyguladıkları

¹² Bu karar için bkz. AM., E.1990/36, K.1991/8, k.t.9.4.1991, www.anayasa.gov.tr

¹³ Bu kurgu Yavuz SABUNCU’nun Türk Anayasa Düzeni adlı dersi kapsamında yaptığı açıklamalardan alınmıştır.

yasaları yorumlamaları temel yetkileridir. Ancak Anayasa Mahkemesi, yasaları uygulamaz, denetler. Anayasa Mahkemesi'nin uygulayacağı ve dolayısıyla yorumlayacağı yasa Anayasadır. Yasayla yapılmak istenen sonucun tamamen farklı bir sonuç doğuran bir yorum yapmak Anayasa'nın 153. maddesindeki 'kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edilemez' hükmüne aykırı olacaktır.”¹⁴, şeklinde bir yorumda bulunmaktadır.

D. Müdahalenin meşru amaçları bakımından değerlendirilmesi

İnsanlar çoğu zaman belli bir amaç doğrultusunda hareket ederler, amaçlarına uygun bir davranış tarzı benimserler. Buna mukabil amaçsızlık istisnai bir durumdur. Amaç edinmek kadar amacın meşru temellere sahip olması da önemli bir husustur. Gaye edindiğiniz amaca ulaşabilmek amacınızın içinde bulunduğunuz toplum tarafından ve Weber'in deyişiyle “şiddet kullanma tekelini elinde bulunduran” devlet tarafından meşru olarak kabul edilmesine bağlıdır. Amacın meşru olarak kabul edilmesinin önemine binaen AİHM “meşru amaç” bakımından, söz konusu müdahalenin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına ve kamu düzeninin korunmasına ilişkin meşru amaçlar güttüğünü tespit etmiş olup bu tespitleri yaparken davanın şartlarını ve milli mahkemelerin kararlarındaki tabirleri dikkate almıştır.¹⁵ Mahkemenin bu hususta kullanmış olduğu kavramlar çok net olmayan, muğlak kavramlardır. Kamu düzeni kavramının güvenlik, esenlik ve dirliği sağlama ile genel sağlığı sağlama olarak temel unsurlara sahip olduğunu söyleyebiliriz. Öyle ki başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kamu düzeni kavramı içine rahatlıkla alınabilir. Tabi kamu düzeni kavramını bu temel unsurlarla sınırlamak, bunun dışında kalanlar kamu düzeni unsuru olamaz, diyebilmek mümkün değildir. Her toplumun kendine özgü özellikleri, yaşanılan çağın gerekleri, içinde bulunulan koşullar kamu düzeni kavramının içinin doldurulmasında birinci derecede etkili olmaktadır. 1970'lerde kamu düzeni karşısındaki en büyük tehlike “kırmızı tehlike” olarak adlandırılan komünist hareketlerken, 1990'lardan başlayarak günümüzde kamu düzeni karşısındaki en büyük tehlike, “yeşil tehlike” olarak da adlandırılan İslamî hareketler olarak görülmektedir. İktidarın gerçek sahipleri türban meselesini “yeşil tehlikeyle” yakından alakalı gördüklerinden bu hususta verilecek bir tavizin bu akımları cesaretlendireceğinden çekindikleri için bu meselede katı bir tutum sergilemektedirler. Dolayısıyla varmak istediğim nokta; kamu düzeni kavramı (üzerinde anlaşılmış unsurlarını bir kenara bırakırsak) iktidarı elinde bulunduranların zihniyet yapılarına göre değişen, objektif olmayan bir kavramdır.

¹⁴ Onur KARAHANOGULLARI, , **Kamu Hizmeti; Kavramsal ve Hukuksal Rejim**, Turhan Yayınları, Ankara, 2002, s. 212

¹⁵ AİHM., Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 44774/98, K. 2004, k. t. 29.06.2004, 84. Paragraf

Kamu düzeni kavramı kullanılarak (adeta torba kavram misali) yaptığınız birçok icraatı meşru gösterebilir ve bu icraatların haklılığını savunabilirsiniz.

“Meşru amaç” hususunda dikkatimi çeken bir başka nokta da tarafların bu husustaki iddiaları olmuştur. Hükümet söz konusu müdahalenin üniversitelerde kamu düzeninin sağlanması, laiklik ilkesinin muhafazası ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi meşru amaçlar güttüğünü ileri sürmüştür.¹⁶ Leyla Şahin ise buna karşılık olarak söz konusu müdahalenin laiklik ilkesinin muhafazasının ve Türkiye’de üniversitelerin tarafsızlığının sağlanmasının öneminden dolayı, AİHS’nin 9. maddesinin II. fıkrasıyla bağdaşabileceğini kabul etmiştir.¹⁷ Laiklik ilkesinin muhafazasının kamu düzeninin gereklerinden biri olduğu iktidarı elinde bulunduran makamlar tarafından çeşitli vesilelerle sık sık dile getirilmektedir. Leyla Şahin laiklik ilkesinin muhafazasının önemini kabul ederek mevcut durumu kabul etmiş olduğu (bu kabulde beraber Leyla Şahin türbana izin vermeyen laiklik anlayışını kabul etmiş olmakta ve özgürlüklerden yana bir laiklik anlayışını dillendirmemiş olmaktadır.) gibi hükümetin de bir anlamda istediğini yapmış diğer yandan mahkemenin de işini oldukça kolaylaştırmıştır. Bununla beraber Leyla Şahin yapılan müdahale sonucu türbanlı öğrencilerin içeri alınmadığı (kendisi de dahil olmak üzere) üniversitelerin tarafsız olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Peki buradan hareket ederek Leyla Şahin’e şu soruyu soramaz mıyız? Madem ki siz bunları kabul ediyorsanız (ki sizin kabul ettikleriniz Türkiye’de iktidarı elinde bulunduranların türban yasağı konusunda dayandığı temel gerekçelerdendir.) niçin AİHM’desiniz? AİHM’den ne bekliyorsunuz? Kanaatimce Leyla Şahin bunları kabul ederek zaten davayı kaybettiğini peşinen ilan etmiştir. Böyle bir savunma tarzıyla davayı kazanmayı düşünmüş olması da bir ham hayalden ibarettir.

E. Müdahale demokratik bir toplumda kabul edilebilir mi?

AİHM “demokratik bir toplumda gereklilik” hususunda yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır. AİHM bu sonuca varırken Türkiye’nin içinde bulunduğu koşulları göz önünde bulundurmuştur. (Türkiye’de yakın zamanda İslami hareketlerin etkinliğine dikkat çekmiştir.) Bu anlamda laiklik ilkesinin Türkiye için önemine işaret etmiş, bu hususta Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararlara atıfta bulunmuştur. Yine dini sembollerin kullanılmasına ve bunların kamu düzenine ilişkin gerekleri konusunda ortak bir Avrupa anlayışı bulunmadığını göz önüne

¹⁶ AİHM.,Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu,Başvuru No:44774/98,K.2004,k.t.29.06.2004,82.Paragraf

¹⁷ Adı Geçen Karar, 83.Paragraf.

arak bu konunun devletin takdir yetkisi alanında olduğu ifade edilmiştir. Leyla Şahin’in başvurusundan önce Türkiye’deki üniversitelerde özellikle İstanbul Üniversitesi’nde bu konuda yasaklar olduğu, tartışmalar olduğu belirtilerek yapılan müdahalenin devletin takdir yetkisinin alanı göz önüne alınarak haklı olduğuna, güdülen amaçlarla orantılı olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olabileceğine karar vermiştir.¹⁸

Bu hususta yine tarafların iddialarında dikkatimi çeken noktalar olmuştur. Leyla Şahin başörtüsü taktığı takdirde Türkiye’de hiçbir yükseköğretim kurumuna gidemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak neticeye baktığımızda AİHM’in kararında buna değinmediğini görürüz. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz üzere mahkeme sadece söz konusu genelgenin ihlale yol açıp açmadığını denetlemiştir. Leyla Şahin’in türban meselesini eğitim hakkı bağlamında değerlendirilmesinin önünü açacak bu iddiasının AİHM tarafından dikkate alınmadığını genelge ile bir müdahalede bulunulup bulunmadığı hususunu incelerken ifade etmiştik. Bu durumun ele alınmamış olması kararın en önemli eksikliklerinden biridir.

Davanın bu başlığı altında hükümetin çok sağlam ve iç tutarlılığı olan bir savunma yapmış olduğunu belirtmeliyim. Öncelikle kişinin dinini açıklama özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığını ifade etmiştir. Yani kişi istediği gibi inanacak ama istediği gibi inancı doğrultusunda hareket edemeyecektir. Bunun sınırlarını iktidarı elinde bulunduranlar belirleyecektir. Bunun yanında hükümet laik devletin korunmasının AİHS’nin Türkiye’de uygulanmasının zorunlu bir ön şartı olduğunu ifade ederek davanın lehine sonuçlanmasında kanımca önemli ve yerinde bir adım atmıştır. AİHS’yi kabul etmek demek, Avrupa kıstaslarına göre insan hakları anlayışını kabul etmek demektir. Bu anlayışın şekillenmesinde Avrupa’da nasıl bir mücadele verildiği ve bu mücadele sonucunda dinden soyutlanmış devlet hayatının, laik bir devletin ortaya çıktığı bilinmektedir. Dolayısıyla gerçekten bu anlayışı kabul ediyor ve devam ettirmek istiyorsak (bunu bir anlamda günümüz moda ifadesiyle “Avrupalı olmak” ya da “batılı olmak” sözleriyle de karşılayabiliriz.) laik devlet vazgeçilmez bir unsurdur. Bu manada başörtüsü takmanın Türkiye’deki Avrupa insan hakları anlayışının teminatı olan laiklik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek yapılan müdahalenin AİHS’nin uygulanmasının devamı için zorunlu olduğunu iddia etmek gerçekten güzel, kendi içinde tutarlı ve sağlam bir savunmadır. Neticede AİHM’de verdiği kararla bunu desteklediğini göstermiştir.

¹⁸ AİHM.,Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu,Başvuru No:44774/98,K.2004,k.t.29.06.2004,103.-115.Paragraflar

III.KARAR HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Karar hakkında genel manada bir değerlendirme yapılması gerekirse; Bir kere mahkeme kararında özellikle inceleme konusunun İstanbul Üniversitesi'nin çıkarttığı genelge olduğunu vurgulamıştır.Ancak mahkemenin bu husustaki değerlendirmelerini yaparken İstanbul Üniversitesi gerçeğini bir kenara bırakarak Türkiye üzerinden hareket ettiğini görüyoruz.Bu manada bence ortada bir düzlem yanlışlığı bulunmaktadır.Konuya yaklaşımları gereken esas düzlem İstanbul Üniversitesi olmalıdır.Kararda bu mesele İstanbul Üniversitesi bağlamında ele alınmamış, üniversitede irticai faaliyetlerin olup olmadığı hususuna hiç değinilmemiştir.Bununla beraber Türkiye üzerinden hareket edilerek birçoklarımızın sandığının aksine oldukça olumsuz bir tablo çizilmiştir.Karahanoğulları ile Altıparmak bu tablo hakkında Cezayir benzetmesini kullanarak Türkiye'nin mahkeme tarafından Cezayir koşullarında olan bir ülke olarak tasvir edildiğini ifade etmişlerdir.¹⁹

Bir başka önemli husus da mahkemenin davaya konu olan genelgenin yasal dayanağının bulunduğunu kabul etmesi ve bu husus da Türk mahkemelerinin kullandığı argümanları aynen kabul etmesidir.Halbuki bu konuyu irdelediğimiz bölümde genelgenin yasal dayanağının bulunmadığını ileri süren görüşler olduğunu ve bu görüşe katıldığımı ifade etmiştim. Mahkeme böyle bir argümanı görmezden gelmiş ve üniversitelerde disiplin ile ilgili işlerin YÖK tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği gerçeği açık bir şekilde ortada dururken genelgenin yasal dayanağının bulunduğunu kabul etmiştir.Peki Türkiye'de cesaret sahibi bir mahkeme böyle bir konu önüne geldiği zaman yasal dayanağın bulunmadığı yönünde bir karar verirse ne olacak? Bu kararın tutarsızlığı nasıl kanıtlanacak? Bundan dolayı ortada sağlam bir hukuki tutarlılık bulunmadığını söylemeliyim.

Gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus daha vardır.Türkiye'de erkeklerin kadınlara oranla hayatın birçok alanında daha etkin oldukları aşikar bir gerçektir.Türban takan kız öğrenciler türban taktıkları ve sahip oldukları düşünceler gerekçesiyle (ki bu düşünceler kurucu iradenin gözünde tehlikelidir ancak her türban takan öğrencinin bu düşüncelere sahip olduğunu söylemek,böyle bir genelleme yapmak kanımca büyük bir hatadır.) üniversitelere alınmazken bunun yanında aynı fikri yapıya sahip erkek öğrenciler rahatlıkla eğitimlerine devam edebilmektedirler.Bu durumu cinsler arasındaki eşitlik bağlamında nasıl değerlendireceğiz? Türkiye'deki hiçbir mahkeme meseleye bu açıdan yaklaşmadığı gibi AİHM de meseleyi bu yönden ele almamıştır.Bu noktada sınırları zorlayarak biraz düşünmek

¹⁹ Kerem ALTIPARMAK, Onur KARAHANOGULLARI, "Pyrrhus Zaferi:Leyla Şahin/Türkiye,AİHM/Hukuk,Düzenleyici İşlem/Kanun",**Hukuk ve Adalet Dergisi**,Temmuz-Eylül 2004,s.249-275

istiyorum.Bu durumu anlamak için belki şöyle bir akıl yürütmeden yararlanabiliriz.Aynı fikri yapıya sahip erkek öğrenciler rahatlıkla eğitimlerine devam edebiliyorlar.Evet, bu doğru ancak unutulmaması gereken bir husus elimizde “fişleme” imkanı bulunmaktadır.Biz kimin ne olduğunu bu sayede rahatlıkla bilebiliriz.Böylece bizim için tehlikeli olabilecekleri engelleme imkanına sahibiz.Buna rağmen bir şekilde bu kişiler önemli mevkilere gelmeyi başarırlarsa o zaman da önlerine “gerçekleri” serip “değiştim,gelişerek dönüştüm” de dedirtebiliriz.Bu esasında “bu devleti biz kurduk öyle her önüne gelen istediği her şeyi yapamaz” anlayışının doğal bir sonucudur.

Neticede şunu söylemeliyim; AİHM’in Leyla Şahin davası vasıtasıyla türban hakkında vermiş olduğu karar türban meselesini çözecek nitelikte bir karar olmaktan çok uzaktır.Bu tespitimin en önemli dayanakları arasında meselenin eğitim hakkı bağlamında hiç ele alınmamış,bu hususta tek bir kelime dahi edilmemiş olmasıdır.Leyla Şahin dini inancından ötürü başını örtmektedir.Ve Türkiye’de birçok genç kız inançları gereği başlarını örtmektedir.Bu kızların başları örtülü bir şekilde eğitimlerini sürdürebilmeleri mümkün değildir.Bu bir gerçektir.Bunun yanında anayasa’nın eğitim hakkını düzenleyen ve hiç kimsenin bu haktan yoksun bırakılamayacağını hükme bağlayan 42.maddesi ve AİHS’ye 1.protokol ile eklenen eğitim hakkı başlıklı maddesi vardır.Özellikle bu maddenin; ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılması haklarına devlet tarafından saygı gösterilmesini ifade eden cümlesi çok dikkat çekicidir.Biz varolan gerçeklik ile eğitim hakkını düzenleyen bu normları nasıl bağdaştıracacağız? Temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmayacağını ve bir hakkın amacına ulaşmasını engelleyen sınırlandırmaların o hakkın özüne dokunmuş olduğunu kabul ediyoruz.Peki başları örtülü olduğu için kızların eğitim hakkının ellerinden alınıyor olması bu hakkın özüne dokunan bir müdahale niteliğinde değil midir? Burada AİHM’in yaptığı gibi devletin takdir yetkisine sığınmak işin kolayına kaçmaktır.Neyin devletin takdir yetkisinde olduğuna kurucu irade karar vermektedir.Türkiye’de kurucu irade türbanı kendisine karşı olan hareketin simgesi olarak kabul etmekte ve türban yasaklar listesinin birinci sırasında yer almaktadır.Devletin takdir hakkı yetkisi içinde bu meseleyi algıladığınız takdirde yapılan bu müdahaleyi rahatlıkla haklı ve meşru gösterebilirsiniz.Beni yıkmak isteyen ben niye eğiteyim? Beni daha çabuk yıksın diye mi? suretiyle haklılığını ortaya koymaya çalışan devleti haklı görmüş olursunuz ki AİHM verdiği kararlar bir manada bunu yapmıştır.

AIHM'in verdiği karar türban meselesini çözüme kavuşturmaktan çok uzaktır. Ali Ulusoy²⁰ “Kamu Hizmeti İncelemeleri” kitabında ve Onur Karahanoğulları ile Kerem Altıparmak'ın bu karar hakkında yazmış oldukları makale²¹ bu görüşü savunmaktadırlar.

BİR YORUM

Türban meselesi ülkemizin gündemine 1980'den sonra sokulmuş bir meseledir. O tarihten itibaren bu konu bazen hararetle tartışılıp ülke gündeminin bir numaralı konusu olurken bazen de arka planda kalıp tekrar gündemi işgal etme sırasını beklemektedir. Böylece son 20 yıldır bu mesele ülkemizin önemli meselelerinden biri haline gelmiştir. Meseleyi daha iyi kavrayabilmek ve buradan hareketle daha iyi bir analiz yapma amacıyla biraz geçmişe dönmek istiyorum.

Mustafa Kemal Cumhuriyetin ilanından sonra yaptığı hamlelerle devlet ve toplum yaşamında dini değerlerin egemen olmasını istemediğinin işaretini vermiştir. 3 Mart 1924'te Halifeliğin kaldırılması bu yönde atılmış ilk ve önemli bir adımdır. Ardından Tekke ve Zaviyelerin kapatılması ve İsviçre'den medeni kanunun alınması dinin toplum yaşamından da uzaklaştırıldığının bir resmidir. Latin harflerin kabulü ile toplumla dini değerler arasındaki önemli bir bağlantı noktası ve onunla yakınlığı devam ettiren bir unsur olarak “dil” tasfiye edilmiştir. Bu yapılanlar ışığında 1928 yılında “Devletin dininin İslam olduğu” ibaresinin anayasadan çıkarılması gerekli ve elzem bir adım haline gelmiştir. Ve nihayet devam eden bu süreç 1937 yılında laikliğin cumhuriyetin altı ilkesinden biri olarak anayasa'ya geçirilmesi ile nihai amacına ulaşmıştır. Buradan hareketle Gencay Şaylan'ın bu husustaki değerlendirmesine katılmamak mümkün değildir. “İşte Atatürk'ün laiklik anlayış ve uygulaması 1300 yıllık bir tarih içinde ortaya çıkan böyle bir hukuk ya da toplumsal düzenleme anlayışını tasfiye etmeye yöneliktir.”²² Böylesine köklü bir değişimi simgeleyen laiklik ilkesine ayrı bir önem atfedileceği, korunmasında ayrı bir özen ve hassasiyet gösterileceği aşıkardır. Bu hususu Anayasa mahkemesi'nin 1989 yılında türban konusunda verdiği karardan anlayabiliriz. Anayasa Mahkemesi bu kararında; “Atatürk ilkelerinin en önemlisi laikliktir. Türkiye için laiklik anlayışı tarihsel gelişimi nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapısıyla, batıdan ayrı biçimde ele alınsa da özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşatılmaktadır”²³ şeklinde çok açık ve net biçimde ifade edilmektedir. Prof. Dr. Muammer Aksoy (kendisi Atatürkçü Düşünce Dernekleri'nin kurucusu olup laiklik

²⁰ Ali ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s.239-252

²¹ Kerem ALTIPARMAK, Onur KARAHANOGULLARI, “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AIHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Temmuz-Eylül 2004, s.249-275

²² Gencay ŞAYLAN, **Türkiye'de Laiklik**, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, Yayın yeri (?), Yayın yılı(?), s.5

²³ AM., E.1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989, www.anayasa.gov.tr

ilkesine ayrı bir hassasiyet göstermektedir.) bu hususu daha çarpıcı ifadelerle belirtmektedir. “Hukuk ve devlet düzeninin akıla ve çağdaş bilime dayanmasını sağlayan laiklik ilkesi, yüzyıllar boyu şariat kurallarının egemen olduğu bir imparatorluğun mirasçısı yeni Türk Cumhuriyeti’nde, Batı’da taşıdığından çok daha kapsamlı bir anlama ve işleve sahiptir. Laiklik ilkesi bir yönü ile kişilerin vicdan ve ibadet özgürlüklerini güvence altına alırken öteki yönü ile de toplum düzeninin akıla-bilime ve halkın iradesine güvence kazandırmıştır. Laiklik ilkesinin bize özgü bu ikinci yönü yeni Türk Devleti bakımından yaşamsal bir değer taşımaktadır.”²⁴

Yeni Türk devleti’ni kuran irade tarafından böylesine önem atfedilen laiklik ilkesi ile Ali Fuad Başgil’in ifadesiyle “devlete bağlı din sistemi” kurulmuştur. Ali Fuad Başgil bu hususu Diyanet İşleri Bakanlığı’nı kuran 429 sayılı kanunu değerlendirirken şöyle açıklamaktadır; “Din ve devlet ayrılışında bu kanun devleti diyanete karşı re’sen karar salahiyetini haiz müstakil bir duruma koyduğu halde, diyanete de hiç olmazsa muhtar bir faaliyet sahası ayıracak yerde, laiklik umdesinin bu mantığını bir tarafa bırakarak, diyaneti, bütün teşkilatı ve personeliyle birlikte hükümetin eli ve emri altına koymuş yani netice itibariyle sadece “devlete bağlı din sistemi” kurmuştur.”²⁵ Gencay Şaylan, “Kemalizm öğretisinin belkemiği olarak laiklik Müslümanlığı bireyin ibadetine indirgeyen ve bunu devlet denetimi ile sağlayan anlayış ile uygulamadır”²⁶ diyerek aynı hususa dikkat çekmektedir.

Netice olarak din devletin kontrolü altındadır. Cumhuriyeti kuran irade istediğiniz gibi inanmanıza izin vermiştir ancak inancınızın dışı yansımaları istediğiniz gibi gerçekleştiremezsiniz, bunun sınırları vardır.

Böylesine katı bir laiklik anlayışını ve uygulamasını demokrasinin olmadığı ve diktatörlükten pek de bir farkı bulunmayan tek parti döneminde hayata geçirmek çok da zor olmamıştır. Ne zaman ki II. Dünya Harbi’nden demokrasi cephesinin galip çıkmasıyla oluşan yeni uluslararası düzende yerini almak, dünyadan tecrit edilmeme gayesiyle demokrasinin bir gereği olarak çok partili siyasi yaşama geçilmeye karar verilmiş, böylesine katı bir uygulama muhalefetle karşılaşmıştır. Zaten demokrasiye inanıyor, demokrasiyi hayata geçirmek istiyorsanız sizin düşüncelerinizden farklı düşüncelerin varlığını kabul etmek, onlara saygı göstermek ve hoşgörü çerçevesinde onlarla yaşamak zorundasınız.

“Din hemen hemen her zaman Türk toplumunun yaşamında önemli bir yer tutmuş, Türkler yakın zamanlara kadar örneğin 20. yüzyılın başlarına adar esas olarak kimliklerini

²⁴ Muammer AKSOY, **Laikliğe Çağrı**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1989, s.5

²⁵ Ali Fuat BAŞGİL, **Din ve Laiklik**, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 1998, s.204

²⁶ Gencay ŞAYLAN, **Türkiye’de Laiklik**, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, Yayın yeri (?), Yayın yılı(?), s.9

dine referansla tanımlamışlardır.”²⁷ Şaylan’ın bu tespiti yerinde bir tespit olup benim inancım odur ki bugünde bu durum belli bir gerileme göstermiş olsa dahi (özellikle büyük kentlerimizde) hayatiyetini devam ettirmekte ve İslamiyet Türk toplumu içerisindeki önemini muhafaza etmektedir. Gayet normaldir ki çok partili siyasi yaşamın koşulları, tek partili dönemden çok farklıdır. İktidara gelmek için halkın çoğunluğunu yanınıza çekmeniz gerekmektedir. Halkı yanınıza çekmek içinde halkın menfaatine olan, o güne kadar muzdarip oldukları konuları düzelterek vaatlerde bulunmak ve bu vaatlerinizi yerine getireceğinize halkı inandırmak durumundasınız. CHP’nin karşısına çıkan DP farklı bir anlayışla ortaya çıkmış halkı meydanlara toplayarak “Yeter söz milletindir” sloganıyla, halka gerçek manada egemenliği kullanacağını idrak ettirerek iktidara gelmeyi başarmıştır. Demokrat Parti laiklik anlamında bu katı uygulamayı terk etmiştir. Arapça Ezan bu dönemde geri gelmiştir. Yine bu dönemde radyodan mevlit okunmaya, Kuran-ı Kerim okunmaya başlanmıştır. İmam Hatip okulları bu dönemde yeniden açılmaya başlanmıştır.²⁸ Bunlar katı laiklik uygulamasından vazgeçildiğinin resmidir. Esasında bunlar halkın talepleri idi. O dönemi yaşamış başta dedem olmak üzere yakınlarımı dinlediğimde yapılan bu icraatların halkın büyük çoğunluğu tarafından memnuniyetle karşılandığını, herhangi bir yadırgamaya yol açmadığını anlıyorum.

60 Darbesi ve ardından gelen 61 Anayasası bir anlamda siyasi yaşamın çeşitlenmesine ve solun da aktif olarak Türk siyasi hayatında yer almasını sağlamıştır. 60-80 arası Türkiye için hareketli yıllardır ve bu dönemde kurucu iradenin tehlike algılaması “kıızıl tehlike” olarak da adlandırılan devrimci solcu hareketler olmuştur. Bu dönem bu türdeki hareketlerin bastırılması çabalarının yoğunlaştığı dönemdir. Devletin tüm zinde güçleri bu hareketlerin ortadan kaldırılması için harekete geçmiştir ve o dönemde henüz tehlike algılamasının içinde bulunmayan, dini siyasi akımlar bir başka ifadeyle “yeşil tehlike” kendine uygun zemin bulmuştur. Bir anlamda kurucu irade “kıızıl tehlikeden” kurtulma çabaları sırasında kendisi bu ortamı yaratmıştır. O dönemde tehlike olarak görülmeyen en azından komünizme göre daha az tehlikeli olduğu düşünülen muhafazakar-dini değerleri ön plana çıkaran akımlar, bu çabaların bir parçası da olmuşlardır, aynı zamanda.

1980 Darbesi milli birliği sağlama amacıyla yapılmıştı. Bu milli birlik anlayışı içerisinde aktif bir sol yer almamaktaydı. Günümüze de şöyle bir göz attığımızda darbenin bu anlamda başarılı olduğunu ülkenin siyasi yaşamında kuvvetli bir sol muhalefetin bulunmayışından rahatlıkla anlayabiliyoruz. Şaylan’ın bu konudaki tespitine katılmamak elde değil. “Düzene muhalefet dinsel akımlar içinde kanalize olmuş; solu tasfiyeye kararlı olan

²⁷ Gencay ŞAYLAN, *Türkiye’de Laiklik*, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, Yayın yeri (?), Yayın yılı(?), s.5

²⁸ Cahide İLERİ, *Tevfik İleri Yassıda ve Kayseri Günlükleri*, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2003, s.37

askeri yönetim bu eğilimi bilerek ve isteyerek desteklemiştir.”²⁹ İşte böylesine elverişli bir ortamda kurucu iradenin sonradan “yeşil tehlike” olarak adlandıracağı İslami değer yargılarını ön plana çıkaran dolayısıyla laiklik ilkesine karşı “doğal olarak” bir tehlike oluşturan siyasi akımlar gelişme imkanı bulmuştur. Ancak bu hususta esas açılım 70 döneminde de siyasi yaşamımızda yer alan Necmettin Erbakan ve onun kurduğu Refah Partisi olmuştur. Refah Partisi kurulduğu günden başlayarak sürekli gücünü artırarak 1995 genel seçimlerinde 1. parti olmuştur. Necmettin Erbakan’ın türbanlı öğrencileri üniversiteye almayan rektöre karşı iktidara geldiği zaman rektöre türbanlı öğrencilerinin önünde selama durduracağını ifade etmesi, 96 yılında iktidara geldiğinde yaptığı icraatlar laikliğin tehlikede olduğunu zinde güçlere – kurucu iradeye- algılatmış ve 28 Şubat süreci yaşanmıştır. Bu tarihle beraber kurucu iradenin tehlike algılamasında “yeşil tehlike” birinci sıradaki yerini almıştır. Bugün de bu manada değişen bir şey yoktur.

Türkiye’de İslami değerleri ön plana çıkaran akımların güçlenmesini uluslararası gelişmelerden bağımsız değerlendiremeyiz. ABD’nin enerji kaynakları üzerindeki hakimiyetini arttırmak dolayısıyla bu bölgelerde kendisine yakın, ABD’ye düşman olmayan devletlerin olmasını sağlama amacıyla ortaya koyduğu *İlmli İslam Kuşağı Projesinin* Türkiye’de bu hareketlerin ön plana çıkmasında önemli bir etkisi olmuştur.

82 yılında çıkarılan bir genelge sonucunda türbanlı öğrencilerin üniversitelere alınmayacağı yönündeki kararlar ülke gündemine sokulan türban meselesi gündemdeki önemini-önceliğini hep korumuştur. Yukarıda anlattıklarımızın ışığında Cumhuriyet tarihinin gelişme süreci içerisinde 80’lerden sonra giderek kuvvetlenen bu yöndeki akımlar, bu meseleyi kullanmasını çok iyi bilmişlerdir. O güne kadar kendi doğal seyri içerisinde herhangi bir soruna sebep olmayan bu mesele birden ülkenin ana meselesi oluvermiştir. İki kere Anayasa mahkemesi kararına konu olmuş, defalarca idari ve adli yargı makamlarının önüne gitmiştir. Buralardan sürekli olarak yasak yiyen türban (ki bu durum gayet doğaldır. Çünkü yargı makamlarının kurucu iradeden bağımsız davranmasını beklemek büyük bir yanılğı olur.) Sonunda Leyla Şahin vasıtasıyla AİHM kararına konu olmuş ve AİHM’de türbana ‘olur’ vermemiştir.

Benim inancım odur ki; bugün türban cumhuriyeti kuran irade ile bu iradeye alternatif olabilecek karşı hareket arasındaki mücadelenin simgesi haline gelmiştir. Öyle ki cumhuriyeti kuran irade bu yönde verilecek bir tavizin laiklik ilkesini temelinden sarsacağına ve karşı hareketin önünü açacağına inanarak bu konudaki tutumunu, ki bu durum giderek halktan

²⁹ Gencay ŞAYLAN, *Türkiye’de Laiklik*, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, Yayın yeri (?), Yayın yılı(?), s.21

kopmasına yol açsa da, sürdürmektedir.Karşı hareket ise bu meseleyi halka yayarak avantaj kazanmaya çalışmaktadır.Bir mücadelenin simgesi haline gelmiş bu meselenin artık taraflar arası uzlaşma ile çözülebileceğine inanmıyorum.Gündemde türban üzerinden yürütülen bir asli kurucu iktidar mücadelesi vardır.Kurucu irade değişmeden bu meselenin layıkıyla halledilebileceğini düşünmüyorum.

Mehmet YAVUZ.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Aksoy, Muammer, **Laikliğe Çağrı**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1989

Altıparmak, Kerem- Karahanoğulları Onur, “Pyrrhus Zaferi:Leyla Şahin/Türkiye,AİHM/Hukuk,Düzenleyici İşlem/Kanun”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, 2004, s.249-275

Başgil, Ali Fuad, **Din ve Laiklik**, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 1998

Eroğul, Cem, **Demokrat Parti**, İmge Kitabevi, Ankara, 1990

İleri, Cahide, **Tevfik İleri Yassıada ve Kayseri Günlükleri**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2003

Karahanoğulları, Onur, **Kamu Hizmeti ;Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Yayınları, Ankara, 2002

Mazlumder Kültür Komitesi, **Bütün Yönleriyle Başörtüsü Sorunu**, Mazlumder İstanbul Şubesi Yayınları, İstanbul, 1998

Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003

Soysal, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, AÜSBFY, Ankara, 1969

Şaylan, Gencay, **Türkiye’de Laiklik**, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, Yayın Yeri(?), Yayın Yılı(?)

Ulusoy, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AM., E.1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989, www.anayasa.gov.tr

AM., E.1990/36, K.1991/8, k.t.9.4.1991, www.anayasa.gov.tr

AİHM KARARI

Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu, Başvuru No:44774/98, K,2004, k.t.29.6.2004